

## XII

## Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas

Manuel Espejo Lerdo de Tejada\*

*SUMARIO. I. Introducción. 1. Justificación del trabajo. 2. La distinción entre la colación y las operaciones de defensa de la legítima. II. La relación entre la imputación y la colación. 1. La imputación de lo donado con dispensa de colación. 2. La imputación de los prelegados. A. Cuestión previa: la posibilidad de un prelegado colacionable. B. El prelegado y su imputación. III. Colación y no colación de donaciones o prelegados y satisfacción de las legítimas. 1. Colación legal de las donaciones y colación voluntaria de los prelegados que contribuyen a la satisfacción de las legítimas. 2. Hipótesis de lesión de la legítima por la interferencia de la colación. A. Normas legales sobre colación: la colación de las donaciones y la no colación de los prelegados. B. Normas voluntarias sobre colación: la dispensa de colación de las donaciones y la colación voluntaria de los prelegados. 3. Modo de atemperar la colación y la no colación a la satisfacción de las legítimas.*

### I. INTRODUCCION

#### 1. Justificación del trabajo

La reciente STS 21 de abril de 1997 reitera algunas ideas de anteriores decisiones jurisprudenciales en una materia que nos resulta de mucho interés. A pesar de eso, no nos parece que un comentario de dicha Sentencia sea adecuado para tratar el tema que nos ocupa porque las afirmaciones que se refieren a él no constituyen la *ratio decidendi* de la decisión jurisprudencial. La hipótesis de hecho de que la Sentencia se ocupó fue la de la sucesión en la que cada uno de los dos únicos legitimarios habían recibido una donación del causante. En el testamento de éste se indicaba que la segunda donación se hacía «para compensar» la realizada en primer lugar en favor del otro legitimario; sobre ésta se decía que «sin duda de género alguno importa mayor cantidad», ambas se declaraban no colacionables.

.....

\* Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla.

La materia de la que conocieron los Tribunales fue la de la inoficiosidad o no de alguna de las donaciones, lo que se rechazó por no aportarse la prueba de la composición del caudal y su valoración. Teniendo en cuenta esto, es fácil deducir que el Tribunal Supremo no tenía más que reiterar esas apreciaciones para resolver correctamente el litigio; sin embargo, en el FD 2º añadió algunas ideas que, sin ser necesarias para la resolución del caso, suponen tomar postura sobre la relación de la colación con las operaciones de cálculo de la legítima. Dice así:

«Este precepto [artículo 818 CC] viene a operar en forma de computación del haber hereditario, estableciendo las bases para la determinación de la legítima, a cuyo efecto, al ser ésta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar mediante la correspondiente prueba el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte). El valor líquido así obtenido no es el que sirve de base a la legítima, ya que ha de agregarse a aquél, tratándose de relaciones entre herederos, como es el supuesto de autos, el importe de las donaciones de naturaleza colacionable, que refiere el artículo 1035 del Código civil —colación en sentido estricto— y en cuanto al valor que tenían al realizarse el acto de liberalidad (art. 1045). Resulta que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición. No se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad. Lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescindiera de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (Sentencia de 16 de junio 1962)».

Dos cosas nos interesa destacar de esta larga cita(1): en primer lugar la confusa referencia al artículo 1035 implicándolo con el cálculo de la legítima; en segundo lugar, la manifestada equivalencia entre dispensa de colación e imputación fuera de la legítima. Para resolver el primer tema, es decir, para justificar que cálculo de la legítima y colación en sentido propio son cosas diferentes, nos parece que bastarán pocas líneas, porque no creemos que la propia Sentencia ponga en duda esa distinción, aunque no se exprese con la necesaria claridad. En cambio la segunda cuestión suscitada, que reconduce al problema mayor de la relación entre colación y legítima necesita un tratamiento más detenido.

Unas palabras más queremos añadir: estas páginas se dedican al análisis de un tema que ya ha sido objeto de nuestra atención en otras ocasiones(2), pero pretendemos que no sean meramente reiterativas porque en nuestras anteriores obras no nos detuvimos extensamente en la materia; aquí, en cambio, queremos profundizar en algunas implicaciones concretas de las ideas que allí exponíamos(3).

(1) Dejamos al margen otras muchas cuestiones que suscitan estas líneas, pero no podemos dejar de reseñar que la cita del artículo 1045 CC se hace a la redacción anterior a la Reforma de 1981, así como que la referencia a la Sentencia de 16 de junio de 1962 debe corresponder más bien, en nuestra opinión, a la de 16 de junio de 1902.

(2) En «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1992, págs. 377 y ss.; y en *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, págs. 159 y ss.

(3) Casi simultáneamente a nuestra última obra, el tema que ahora abordamos ha merecido la atención de otros autores, algunas de cuyas afirmaciones no podemos compartir; en concreto nos referimos a los notables trabajos de ALBALADEJO, «La dispensa de colación y su revocación», *RDP*, abril 1996, págs. 259 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTJANÓ, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, págs. 1105 y ss.

## 2. La distinción entre la colación y las operaciones de defensa de la legítima

Para estudiar la relación entre la colación, su dispensa y las operaciones de cálculo y defensa de la legítima es necesario partir de la distinción entre unas y otras. A este respecto la confusión se puede originar por el texto del artículo 818, que dice así:

«Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

Algunos autores entendieron que las palabras «donaciones colacionables» obligaban a acudir para calcular las legítimas a la institución recogida en los artículos 1035 y siguientes; lo que resultaba apoyado por el hecho de que, en estos últimos preceptos, se repite con insistencia que la colación tiene como finalidad la protección de las legítimas(4).

La discusión doctrinal, tomó su origen en estos datos legales que dan pie para la confusión, o, al menos, la duda(5), lo que explicaría que parte de la doctrina llegara a conclusiones que no se consideraran hoy correctas.

A este respecto se sostuvo que las donaciones a las que se refiere el artículo 818.2 CC son las de los artículos 1035 y siguientes(6), y más explícitamente que sólo las donaciones realizadas en favor de los herederos forzosos, y nunca las realizadas en favor de extraños, entran en el cómputo de la legítima(7).

Morell y Terry(8), frente a estas posturas, entendió que las instituciones recogidas en el párrafo segundo del artículo 818 y en los artículos 1035 y ss. usaban el término colación en dos sentidos distintos; en la operación prevista en el párrafo segundo del artículo 818 se deben tener en cuenta todas las

(4) A esta cuestión nos referimos en: «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria», cit., págs. 383 y ss. Por otra parte, la abundante literatura sobre la materia fue estudiada por VALLET DE GOYTISQUELO, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982; LAS LEGÍTIMAS, I, Madrid, 1974, págs. 460 y ss. y DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, págs. 97 y ss.

(5) En esta línea se afirma que la regulación legal es incorrecta o imprecisa: ROYO MARTINEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, pág. 335: «El propio Código no las separa con la nitidez y precisión que fuera de desear»; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, 8, Madrid, 1928, pág. 424: «La colación es una institución que en sus líneas fundamentales aparece muy desdibujada en el Código español»; FUENMAYOR, «Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria»: *RGLJ*, 1946, págs. 55 y ss.: «La colación es una de las instituciones de régimen más desdichado dentro de nuestro sistema vigente...se confunden a veces —por falta de terminología precisa— la colación, en sentido estricto...con la reunión ficticia del artículo 818»; CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, 6, I, Madrid, 1978, pág. 363: «no separa y distingue el Código los dos sentidos de la colación con la nitidez y precisión que fueran de desear». Otros autores insisten en las mismas ideas con parecidas palabras: cfr., p. ej. DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 97 y ss.; VALLET, *Estudios*, IV, cit., págs. 339 y ss.; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1989, págs. 457 y 578; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1988, págs. 622 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, Barcelona, 1979, págs. 412 y ss.; id. *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona, 1991, págs. 186 y ss.; LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, I, Bilbao, 1989, págs. 140 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3<sup>o</sup>, Barcelona, 1983, págs. 116 y ss.; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, págs. 565 y ss.; id. *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, págs. 286 y ss.; id., *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, págs. 190 y 509; ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, 2<sup>o</sup>, Madrid, 1989, págs. 5 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho de sucesiones*, coord. por Montés Penadés, Valencia, 1992, págs. 359 y ss.; MONTÉS PENADÉS, *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 619.

(6) Así SCAEVOLA, *Código Civil*, XIV, Madrid, 1944, pág. 457, comentario al artículo 818.

(7) Así MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 6, I, Madrid, 1973, comentario al artículo 818; id., tomo 7, Madrid, 1955, comentario al artículo 1035; id. «Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas», *RGLJ*, 1901, págs. 331 y ss.

(8) «Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima», *RGLJ*, vols. 98 y 99, págs. 288 y ss.; y 320 y ss.

donaciones realizadas por el causante, incluidas las hechas a extraños; mientras que, en la colación propiamente dicha, sólo se tienen en cuenta las donaciones hechas a los legitimarios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta última tesis: así, en la Sentencia de 4 de mayo de 1899(9), se destaca la necesidad de que las donaciones a extraños se computen para el cálculo de la legítima, aunque no pueden tener carácter colacionable. Idea en la que se insiste en las Sentencias de 16 de junio de 1902(10), 17 de marzo de 1989(11) y 21 de abril de 1990(12); y también en la Memoria anual del Tribunal Supremo de 1902(13).

En palabras de Lacruz, la distinción entre unas y otras operaciones radicaría en cinco puntos(14):

.....  
(9) «El derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sea las hechas con perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aun para después de la muerte del donante, preciso era computar el importe de lo donado, cargándolo a la cuota hereditaria de libre disposición, para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima».

(10) «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas».

Que empleada la palabra colación por el artículo 1035 CC en el primer sentido, según su texto mismo lo revela... es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiere, salvo el caso de inoficiosidad, lo que se ha querido decir es que entonces no se imputan las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades».

(11) «Cosa distinta es que, para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (arts. 636 y 654 CC) haya de tenerse en cuenta, no sólo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas *inter vivos* (reunión ficticia del *donatum* y el *relictum*), cuyo valor contable representará el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios no legitimarios o extraños (según determina el párrafo segundo del art. 818 CC), pero con la salvedad de que la palabra "colacionables" referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del art. 1035, y que más bien significa *computables*».

(12) «La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código Civil, viene entendiendo que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia, deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, onerosas y modales, usuales, las de frutos y en particular algunas otras entre las que no se encuencan las del supuesto que nos ocupa), y que así se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 808 y 818 CC, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla, así como la de los arts. 819 y 820, cuya interpretación conjunta con el 818 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos, agregándose, finalmente, que, si tal y como el art. 636 afirma, ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento, tendremos que convenir que, o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única de todo lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma, o bien habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que habría una legítima, mejora y tercio de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado, duplicidad que es desmentida por el artículo 820.1º, al disponer que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento».

(13) «Basta la lectura atenta de los mismos (artículos 818 y 1035) para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos, y por eso es por lo que, sin determinarlos bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea, el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo habría de salvarse el principio de intangibilidad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1035 y 1037?, ¿sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?... No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que en relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición». La cita la tomanos de VALLET, *Estudios*, IV, cit., págs. 364 y ss.

(14) Así en *Derecho de sucesiones. Parte General*, cit., págs. 567-568, nota 5.

- Por su finalidad: el cálculo de la legítima se encamina a su protección, mientras que la colación se dirige a mantener la distribución que la ley interpreta como típica.
- Por el carácter de las normas: la colación se rige por normas dispositivas, mientras que la legítima es de derecho necesario.
- Por los sujetos que deben intervenir: cálculo de la legítima hay aunque sólo haya un legitimario, mientras que la colación requiere al menos dos, y la existencia de donaciones colacionables.
- Por sus efectos: la colación nunca produce el desplazamiento de bienes, mientras que el cálculo de la legítima sí puede producirlo en caso de lesión.
- Por la composición de la masa: las operaciones de cálculo de las legítimas tienen en cuenta todas las donaciones realizadas por el causante, mientras que la colación sólo se refiere a las realizadas a los legitimarios que sean herederos.

No obstante la distinción, no se puede perder de vista que tanto la legítima y sus operaciones como la colación y las suyas se aplican en la práctica a la misma sucesión y ello a veces provoca dudas en la aplicación de sus reglas, o de la existencia de unos efectos en materia de colación se pretenden deducir otros en sede de legítima(15).

En palabras de Lacruz los problemas que se producen «en aquella zona en que entran, si no en colisión, sí, al menos, en contacto, las normas de la colación con las que gobiernan el cálculo y la salvaguarda de la legítima»(16), pueden llegar a ser complejíssimos. En este trabajo pretendemos poner de manifiesto algunas dudas concretas y dejar sentados los criterios de solución por los que, a nuestro juicio, se debe dejar guiar el jurista, partiendo, por supuesto, como indicaba el propio Lacruz, de la preferencia de las normas de cálculo y salvaguarda de la legítima sobre las de la colación(17). La claridad de este primer principio no quita dificultad a la tarea de dar solución a las lesiones de la legítima provocadas por una mala práctica de la colación o de su dispensa, ni tampoco a las variadas cuestiones sobre imputación que dichas instituciones plantean.

## II. LA RELACION ENTRE LA IMPUTACION Y LA COLACION

### 1. La imputación de lo donado con dispensa de colación

En principio, si colación y protección de la legítima son realidades jurídicas diferentes no podría extrañar que la dispensa de colación y la imputación voluntaria también lo fueran. Sin embargo, ya hemos afirmado en otra ocasión que un planteamiento bastante común en la doctrina es que la dispensa de colación de una donación obliga a imputarla de un modo diferente al que dispone el Código civil en su artículo 819.1 CC, es decir, fuera de la legítima. Se dice, por ejemplo, que dicha dispensa significa la imputación de la liberalidad a la parte libre(18), e incluso se discute su posible imputación a la

(15) Algo así podía verse en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1902, de 21 de abril de 1990 y de 21 de abril de 1997 en las que se hacía referencia, sin directa relación con el caso, a que la dispensa de colación implicaba o podía implicar una determinada imputación. Así en la primera se decía, que «es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente [1036] se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiere, salvo el caso de inoficiosidad, lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades». Estas afirmaciones vuelven a ser recogidas en las Ss. 21 de abril de 1990 y 21 de abril de 1997.

(16) LACRUZ BERDEJO, «Prólogo» a *La colación* de JOSÉ LUIS DE LOS MUZOS. Madrid, 1965, pág. XIV.

(17) LACRUZ BERDEJO, *loc. cit.*

(18) Así, GARCÍA-RIPOLL, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., pág. 1144: «La dispensa sólo es realmente eficaz cuando el resto de las disposiciones testamentarias permiten que lo donado se impute al tercio libre»; en el mismo sentido: GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964, pág. 181: «La dispensa de colación es la imputación de la donación a la cuota libre».

mejora(19). Imaginamos que estas posturas parten de considerar que la dispensa de colación supone la voluntad del causante de beneficiar al donatario, y que eso sería equivalente a la voluntad de mejorarlo. Sin embargo, en sí misma la dispensa de colación únicamente corrige el modo legal de formación de las cuotas de los coherederos legitimarios, pero no prejuzga a cuál de las porciones en las que se divide la masa reguladora de las legítimas se debe imputar la donación. La dispensa impone ser respetada como voluntad del causante en cuanto a lo que propiamente significa, pero no en aquello que deductivamente pueda inferirse de ella, pues no siempre esto último corresponderá a la verdadera voluntad del causante que bien pudo explicitar sus deseos de mejorar o de imputar en el tercio libre si esa era su voluntad. No se debe olvidar que la identificación entre colación y operaciones de cálculo de la legítima resultó facilitada en nuestra doctrina por «el hecho de que en nuestro Derecho histórico normalmente el padre dispusiera a título de herencia de la legítima de los hijos, distribuyendo muchas veces el tercio de mejora y el quinto de libre disposición a través de legados y donaciones»(20).

Frente a la opinión que hace equivaler dispensa de colación con imputación fuera de la legítima se puede alegar también que en el artículo 819.1 CC se ordena que la donación en favor del legitimario se impute a su legítima, sin que se establezca nada en contra cuando la donación esté dispensada de colación. Está claro que es posible que el donante ordene una modificación de la imputación legal: imputar al tercio libre, o al de mejora, pero esa orden deberá ser clara aunque no es necesario que diga explícitamente que mejora o imputa a tal porción(21).

Por todo ello, el principio rector de solución de la imputación de la liberalidad dispensada de colación es el respeto a la voluntad del causante(22); y se debe afirmar con Lacruz que la dispensa de colación no hace referencia de forma directa a la imputación en sentido estricto, aunque pueda ser suficientemente indicaría de una determinada voluntad de imputación(23). En concreto, la dispensa de colación podía equivaler a la orden de imputación residual de la donación en el tercio libre, e incluso en el de mejora, en los casos de institución igualitaria entre los colacionantes, siempre que la donación excediera de la legítima del colacionante y del tercio libre, pues en este caso la dispensa reflejaría sufi-

(19) Así, ALBALADEJO, «La dispensa de colación y su revocación», cit., pág. 274: «Si el causante dispensa de colacionar a uno de sus legitimarios sin especificar nada más, como de no estar dispensado de colación la donación se imputaría en su legítima (art. 819.1<sup>o</sup>), de eso le libra la dispensa, pasando entonces a imputarse en el tercio libre (arg. art. 819.2<sup>o</sup>), y si no cabe en él, en la mejora (recto sentido del art. 825)». En el mismo sentido, LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, pág. 172: «Esta prelación del tercio libre respecto del de legítima estricta, a los efectos de imputar atribuciones patrimoniales otorgadas a herederos forzosos, tiene vigencia siempre que resulte patente la voluntad del testador en el sentido de quererles favorecer por encima o además de la legítima estricta. Cuando, sucediendo así, la atribución no ofrezca el carácter de mejora expresa, sino que se trate, por ejemplo, de una donación con dispensa de colación, la aplicación del artículo 819 se matiza por el 828, de forma que debe imputarse, primeramente, al tercio de libre disposición, luego al de mejora y, finalmente, en la legítima estricta».

(20) Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte General*, cit., pág. 565, y añade que «con ello, la colación de la atribuido *mortis causa* a un legitimario no mejorado y la imputación en su cuota de las liberalidades recibidas *inter vivos* vienen a constituir la misma operación. Por otra parte los hijos más favorecidos renunciaban a veces a la herencia, a fin de no tener que colacionar, y los autores confundían más o menos la cuenta de lo donado a estos hijos más favorecidos y repudiantes (para ver si la dádiva era inoficiosa o no), con la colación propiamente dicha de las donaciones causales».

Parece que la S 21 de abril de 1997 está contemplando como normal que la donación al legitimario a la cual se dispensa de colación se hace con cargo al tercio libre.

(21) En otra ocasión citábamos como paradigmático de imputación al tercio libre o al de mejora sin una manifestación expresa, el caso de la donación cuantiosa, dispensada de colación, establecida en favor de uno de los herederos forzosos que testamentariamente resultan igualados (vid. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pág. 170). Siempre, claro está, que conste de algún modo la voluntad de disminuir la legítima de los otros hijos, y el causante al dispensar estuviera en condiciones de valorar lo que la donación suponía en el conjunto del caudal.

(22) Así lo proponíamos ya en «La colación: su ámbito personal y sus efectos», cit., pág. 386, nota 7: «Se pierde de vista en ocasiones que todas estas cuestiones dependen casi siempre de la voluntad del causante, por lo que no se pueden dar reglas fijas».

(23) *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pág. 109: «La dispensa de colación no se refiere directamente a la legítima, pero sus consecuencias —ampliar la cuota sucesoria del legitimario favorecido al excluir de la cuenta de la partición la liberalidad *inter vivos*— obedecen a una voluntad que puede tener también su traducción como orden de imputación».

cientemente la voluntad de desigualar a los coherederos(24). Pero, aun en estos casos, la mejora y la imputación al tercio libre son «residuales», es decir, sólo operan en la parte de donación que no sea imputable a la legítima. En cambio, cuando la institución hereditaria de los colacionantes fuera desigual(25), o cuando estuvieran implicados en la sucesión herederos que no sean sujetos de la colación(26), la dispensa podía no expresar ninguna voluntad clara de imputación.

En cualquier caso, la manifestación de la voluntad imputadora hecha a través de la dispensa de colación no es aconsejable, porque deja la voluntad del causante en cierta oscuridad(27). A este respecto se puede considerar que la dispensa de colación hecha con ocasión de la donación puede adquirir un diferente significado al que se representó inicialmente el causante, a la luz de las nuevas circunstancias en las que la sucesión se abre. Por ejemplo: la dispensa de colación de un bien que adquiere mayor importancia cuantitativa en el total de la masa por sus propias alteraciones de valor o por las del resto del patrimonio. En este caso es dudoso que el donante que, al dispensar de la colación, no quiso que se contara el valor de la donación en la cuota hereditaria del donatario, quisiera desigualar aún más a los hijos considerando la donación como mejora(28).

En suma, estamos ante una materia que requiere especial prudencia al estar en juego la voluntad del causante y un elemento tan importante de nuestro régimen sucesorio como es la igualdad entre los legitimarios(29).

(24) Así lo sostuvimos en *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pág. 170: «Puede tener relevancia a la hora de la imputación la dispensa de colación de una disposición colacionable, aunque esta disposición del causante no se refiere directamente al problema de la imputación, pues el tema de la colación no tiene relación directa con el nuestro; sin embargo, a veces la voluntad manifestada por el causante a través de una dispensa de colación puede tener un gran interés para descubrir su voluntad de mejorar o, al menos, de imputar a la parte libre. Paradigmático sería el caso en que un causante realizara una importante donación con dispensa de colación, en favor de uno sólo de sus descendientes, y muriera sin testamento. En este caso, si la donación excediera de la parte libre y la legítima estricta del donatario debería modificarse la operación de imputación para considerar mejora la donación en aquello en que resultara excesiva. De cualquier forma el ahora contemplado es un modo de manifestar la voluntad sobre la imputación con un carácter indirecto que no resulta recomendable, por la dificultad de interpretación de la verdadera voluntad del disponente. Particularmente resulta inconveniente este modo de ordenar mejoras si hay un testamento en el que se atribuyen cuotas desiguales a los descendientes, e intervienen extraños, porque entonces la dispensa de colación puede tener un significado difícilmente determinable».

En otro lugar manifestábamos: *op. cit.*, pág. 178: «Por supuesto la donación se podría considerar mejora cuando exista una manifiesta voluntad desigualatoria, aunque no se use la palabra mejora, por ejemplo, cuando el causante dispense de colación la donación». Y precisábamos en nota que eso se deducía de la posición de VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XI, Madrid, 1982, pág. 349; y que a nuestro juicio ello no debía significar «que la dispensa de colación sea equivalente, siempre, a la mejora efectiva. Simplemente dicha dispensa permite afirmar que si la donación excede de la medida de la parte libre y la legítima puede imputarse a la mejora antes de ser reducida».

(25) En este caso, la «desigualdad» que introduce la dispensa puede quedar compensada, disminuida o aumentada por la desigualdad de las cuotas de institución, y ello oscurece el sentido de la presunta voluntad imputadora del causante.

(26) En este caso no parece correcto entender imputable a toda costa a la parte libre la donación dispensada de colación, pues ello puede suponer perjudicar al extraño que ve que la disposición hecha a su favor queda disminuida, sin que exista una voluntad clara del causante al respecto, y sin que lo imponga el respeto a las legítimas.

(27) *Vid. La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pág. 170.

(28) Desigualar respecto de las cuotas de institución dispensando de la colación no significa necesariamente mejorar, según la opinión de LACRUZ y VALLET, que nosotros aceptamos. Nótese cómo se pone de manifiesto la distinción entre mejora y dispensa de colación en el caso de la alteración del valor de la cosa donada. Al dispensar de colación el donante circunscribe las consecuencias de las alteraciones de valor a la cuantía de la cuota hereditaria, que está limitada por la legítima amplia de los demás; considerar que la dispensa constituye una mejora ahondaría aún más las diferencias entre los legitimarios. Por eso, la dispensa solamente podría equivaler a la mejora si de las circunstancias del caso resultara que el causante pudo valorar objetivamente el peso de la donación en el conjunto del patrimonio hereditario, o si instituyó a los legitimarios en la legítima.

(29) Por eso, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 109-110, considera «exigible, para que haya imputación a la mejora, la intención de acortar la legítima estricta de los restantes descendientes; intención que no parece deducirse, sin más, del mero hecho de la dispensa. Esta es, a mi modo de ver, la clave de la cuestión: si al ordenar la dispensa de colación ha querido el donante reducir la legítima de los restantes hijos, o no; e inversamente, si estaba dispuesto a privarse de la cuota de libre disposición, o no. En mi opinión, del artículo 825 se deduce que, en la duda, la dispensa no debe entenderse dirigida a reducir las restantes legítimas y por tanto no constituye mejora, siendo de aceptar, en principio, la imputación inicial en la parte disponible. Únicamente si la donación no cabe

### 2. La colación y la imputación de los prelegados

#### A. Cuestión previa: la posibilidad de un prelegado colacionable

Sólo en los prelegados, legados en favor de herederos, y no en cualquier otro legado, pueden producirse interferencias de las reglas de imputación con las normas de la colación(30). Antes de ocuparnos de ello, debemos mencionar que la doctrina más extendida considera que la orden de colacionar un legado, aparentemente permitida por el artículo 1037 CC, es contradictoria con la voluntad de prelegar(31).

Por nuestra parte no podemos negar que el precepto es peculiar en su formulación y en su contenido, porque comienza excluyendo de la colación a las disposiciones testamentarias, lo que parece inútil porque según el artículo 1035 sólo quedan sujetas a colación las liberalidades recibidas por el heredero en vida del causante. También sería innecesario decir que lo recibido por testamento, independientemente del título hereditario, se percibe además de lo que corresponda por éste; y tampoco el supuesto de hecho estaría ajustado subjetivamente, ya que, siendo lógica la no «colación» de lo dejado en testamento, esta regla desborda el ámbito subjetivo de la colación para referirse en general a cualquier prelegatario, aunque no sea legitimario(32).

Pero considerar que el centro de fuerza de la norma es la regla de inoficiosidad, que limitaría las posibilidades de atribuir legados a los legitimarios(33), la haría perfectamente inútil, en nuestra opinión, porque el respeto a las legítimas se impondría aunque no existiera el precepto.

A nuestro juicio, en principio hay que buscar el sentido de la norma dentro de su ubicación sistemática y de su letra. Por eso el problema principal sería explicar qué significado tiene, dentro de los principios sistemáticos de la colación, la orden de colación del prelegado. La respuesta suele ser que esta colación desnaturaliza tanto el prelegado, que éste sólo podría entenderse como un acto par-

.....  
en dicha parte —pero sólo entonces— resultará más viable considerar la dispensa de colación como manifestación expresa suficiente de la intención de atribuir como mejora *el resto*: no la totalidad. Ello será cuestión de interpretación». Suscribimos plenamente estas palabras si las matizamos algo: al menos hay que aceptar que la imputación se hará en la legítima, en cuanto no esté cubierta por la institución. *Vid.* en este sentido VALLET, *Las legítimas*, cit., pág. 862: «Lo normal es que la legítima vaya englobada en la masa partible... en estos supuestos normales ser *no colacionable* implica ser *no imputable a la legítima*, salvo si la masa partible es menor que la suma de las legítimas, en cuyo caso la donación dispensada de ser colacionada, pero a la que no se le haya asignado el carácter de mejora, puede imputarse a la porción de la legítima que no quede cubierta por la masa partible».

(30) Porque los simples legatarios no están sujetas a la colación, pues ésta exige siempre el llamamiento a una cuota.

(31) VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, cit., pág. 66: «El legado que el causante ordena colacionar, más que tal legado significa un acto particional realizado por el propio testador al amparo del artículo 1056 del Código civil»; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 561: «Cabe entender que cualquier beneficio a título gratuito, incluso los propios legados, ha de computarse en la parte de los herederos, cosa inverosímil, pues el legar algo a un heredero normalmente supone la intención del testador de favorecerle de una manera especial, con independencia de su cuota hereditaria»; y pág. 576: «Esta regla carece de sentido, pues la colación impuesta a los prelegados desnaturalizaría éstos, y supondría tan sólo la designación de los conereros elementos que habfan de componer la cuota del heredero». En el mismo sentido: DE LOS MIZOS, *La colación*, cit., págs. 225 y ss.; ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, 2º, cit., págs. 43 y ss.

(32) Según SCAEVOLE, *Código Civil*, XVIII, Madrid, 1901, págs. 151 y ss.: «Dicho art. 1037, no hacía mucha falta en el cuadro de los problemas resueltos en el presente (tratado sobre colaciones), por no encontrarse los términos del supuesto que prevé dicha disposición dentro de las condiciones y requisitos exigidos a toda adquisición colacionable».

(33) Así ROCA JUAN, *Comentarios*, XIV, 2º, cit., pág. 44: «Acaso, la clave esté en la frase final del precepto: "quedando en todo caso a salvo las legítimas", porque dándose entre legitimarios, permite suponer que el testador hace uso del testamento para, por medio de prelegados, establecer una desigualdad entre los herederos, disponiendo lo que atribuye a cada uno. Lo que supone que el testador ha expresado una voluntad definitiva de desigualar a los herederos, sin que quepa —como ocurre en las donaciones entre vivos sin dispensa— entender que lo atribuido es anticipo de la herencia». Siguen esta opinión: RIVERA HERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, págs. 202 y ss.; y GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada, 1996, págs. 204 y ss.



tional del testador hecho al amparo del artículo 1056 CC(34). Esta respuesta nos parece que reduce demasiado el contenido del precepto, que habla, con más generalidad, de atribuciones en favor del heredero.

En este sentido no se puede ignorar que la partición y el prelegado colacionable son realidades distintas, tanto en el plano teórico como en el práctico, pues la previsión particional depende estrictamente de la existencia y efectividad del llamamiento de heredero, y el prelegado no, ya que supone, por definición, la existencia de dos títulos sucesorios en una misma persona. Es cierto que de los efectos principales del prelegado —la concurrencia de dos títulos en el prelegatario, el de heredero y el de legatario; y la percepción del legado como un plus de lo que corresponde por herencia(35)— aquí sólo se daría el primero, pero ello no impediría que el prelegado fuera distinto a un acto particional(36). Es cierto que en la práctica puede ser difícil distinguir una previsión particional de un prelegado(37), pero lo que parece difícilmente discutible es que el artículo 1037 puede permitir que el causante establezca un prelegado colacionable, es decir, una disposición testamentaria que, si bien debe traerse a colación, atribuye al designado un llamamiento sucesorio independiente y autónomo respecto de su institución de heredero: podría el legatario aceptar y repudiar el legado, con independencia del llamamiento hereditario.

También supondría una cierta particularidad de esta hipótesis, frente a la asignación particional, el que la existencia de dos títulos sucesorios en favor de una misma persona excluya que el resto de los coherederos pretendieran reclamar al prelegatario el excedente de valor del legado respecto de su cuota hereditaria. En favor de esta solución está el hecho de que la condición del prelegado como acto dispositivo añade un nuevo título al de heredero; en cambio, entendiendo la previsión testamentaria como

(34) ASÍ VALLET, LACRUZ, DE LOS MIZOS, RICA JUAN, RIVERA FERNÁNDEZ, GÓMEZ-SALVAGO, *loc. cit.*

(35) Sobre estos efectos distintivos del prelegado y de la asignación particional: *vid.* la acertada exposición de GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., págs. 194 y ss.

(36) ASÍ GARCÍA-BERNARDO, *Prelegado y adjudicación testamentaria*, en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, vol. VII, Madrid, 1988, pág. 235; y GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., pág. 200: «existe una diferencia entre el prelegado con imputación a la cuota hereditaria del favorecido, prelegado estricto, y la atribución de una cosa a dicha cuota por vía de adjudicación. Si la cosa se atribuye al heredero por un prelegado imputable a su cuota, el heredero tiene la elección para imputarla o no, en ella, por ser diverso el título adquisitivo (artículo 890.2 CC). Si renuncia al legado y acepta la herencia, tiene derecho a que su cuota se complete con otros bienes. Si acepta el legado, el prelegatario favorecido tiene la seguridad de que la cosa será para él». En consecuencia, tanto si el prelegatario acepta como si repudia la herencia, puede aceptar o repudiar el legado, de ahí la remisión al artículo 890.2 CC que establece precisamente eso.

Ello no implica que «tal legatario pudiera aceptar su legado con independencia de su legítima» porque entonces estaríamos «proclamando la tesis de la yuxtaposición, lo que no se acepta, porque no hay que olvidar que estamos hablando de un legado otorgado a un heredero legítimo, en pago de su legítima, que no otra cosa es la orden de colacionarlo» (*op. cit.*, pág. 207, nota 91). En nuestra opinión, está claro que el legatario que repudia su título hereditario no puede pedir, por un pretendido llamamiento legítimo, lo que dejó de percibir por haber repudiado. Sobre la teoría de la yuxtaposición, *vid.* VALLET, *Estudios de Derecho sucesorio*, IV, cit., págs. 43 y ss.

Contra la posibilidad de repudiar la herencia y aceptar el legado nos parece que no se puede alegar que al establecer la colación del legado el testador está condicionando el mantenimiento del mismo a la aceptación del llamamiento hereditario, que es la única forma de que proceda la colación. Pensamos que esta condición no puede presumirse si no es, al menos, deducible interpretativamente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946 a la que nos referimos en *La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria*, cit., págs. 408-409, nota 76. Dijo el Tribunal Supremo: «No puede estimarse que sujeta (se refiere a la orden de colación) esta donación a ninguna condición ni modalidad diferente a su ordenación legal, que tenga que cumplirse para que los donatarios puedan entrar en el disfrute y posesión del derecho de nuda propiedad que desde aquel momento les cede... siendo más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató que quedara fuera de toda duda que con la colación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudieran corresponder a sus hijos como herederos legítimos».

(37) ASÍ GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., págs. 197 y ss.

acto particional en sentido propio, el prelegatario debería restituir dicho exceso, como expresamente indica algún autor, aun cuando la cuestión es muy matizable(38).

Quizá no se haya advertido con claridad que la afirmación de Vallet de que el prelegado colacionable es una simple atribución particional, puede estar motivada por su opinión de que la colación impone al colacionante restituir a la masa partible el exceso de valor de la liberalidad sobre su cuota hereditaria, lo que supondría una contradicción con el concepto de prelegado. Entonces la hipótesis sólo podría conceptuarse como una norma particional, partición que, según su propia opinión, no se encontraría limitada por el valor de la cuota hereditaria. Sin embargo, ni la colación del exceso, ni el mantenimiento de la partición no adecuada a la cuota de llamamiento(39), son aceptados mayoritariamente y, por otra parte, aceptando las doctrinas mayoritarias en estos dos temas, se llegaría también a la no devolución del exceso, salvando además la posibilidad de que el prelegatario acepte y repudie separadamente como heredero y como legatario(40).

En conclusión, para nosotros la orden de colación de un prelegado debe entenderse, en principio, en sus propios términos: el legado debe tenerse en cuenta para formar la masa partible entre los coherederos beneficiados por la colación y en la elaboración de la cuota del colacionante. La voluntad del causante sería que el sucesor, supuesta la doble aceptación, conserve en todo caso la causa legada y

.....

(38) Según GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., págs. 206-207. «La orden de colacionar desnaturaliza el prelegado... se trata más bien de un acto particional» y añade en nota: «tal supuesto sería, en tal caso, idéntico a aquel al que ROCA TRÍAS calificaba como partición: que el testador atribuya un bien de la herencia a su heredero, pero obligándole a satisfacer a los demás la diferencia del exceso en dinero... y sigue en texto: «de acuerdo con lo dicho, todo prelegado debe quedar excluido de colación». No obstante, en la página 200 la autora reconocía la posibilidad de un prelegado que se imputa a la cuota hereditaria, y lo considera diferente a la atribución particional. Las afirmaciones que hace ahora, deben entenderse, pues, en el sentido de que el verdadero prelegado es el no colacionable, aunque pueda imponerse su colación.

Por otra parte, no nos parece que el prelegatario que deba colacionar esté obligado a restituir a los demás coherederos el plusvalor del legado con relación a su cuota. En efecto, dicha obligación sólo podría nacer o bien de una expresa imposición de la misma por el causante; o bien, de la propia colación en el caso en que se acepte, contra la doctrina común, que la colación obliga a restituir el exceso sobre la cuota; o bien, finalmente, de que se considere que este prelegado es una atribución particional. Sin embargo, si se acepta que el prelegado colacionable es una atribución particional, se debería tener en cuenta que la interpretación del artículo 1056 CC en este punto es muy discutible. Así, se dice sobre la partición reglada en él que en caso de divergencia entre el valor de las atribuciones partitivas y el de la cuota «la solución de principio que parece postular la naturaleza de las cosas es la de que la partición es simple ejecución de lo establecido en la institución, debe prevalecer ésta»; si bien, «no es absurdo preceptuar que prevalezca la partición si no perjudica la legítima y guardó las solemnidades necesarias para disponer *mortis causa*. No es absurdo, pero a condición de tomar el precepto en el sentido de que se presume, salvo prueba en contra, que la verdadera voluntad —que, insisto, está expresada en forma y respeta la legítima— del causante es la que recoge la partición, verdadera y concreta voluntad, aunque esté más o menos desajustada de la declaración de principios que sería la institución»; así ALBALADEJO, *Curso*, V, cit., pág. 140; y, en sentido parecido, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., págs. 277 y ss.

En cualquier caso, la posibilidad de combatir la partición por pequeñas diferencias de valor debe quedar excluida, y ello sólo sería posible en casos de divergencia sustancial en los que la partición queda sin causa: así DE LOS MOZOS, «La partición de la herencia por el propio testador», *RDN*, 1960, pág. 188: «En caso de *divergencia sustancial*, entre el testamento y la partición, aun en el supuesto de que no haya lesión de las legítimas de los herederos forzosos, procede su impugnación, para solicitar su nulidad, pues al efectuarse de tal modo la partición, la *función distributiva* de la misma no se ha cumplido (falta de causa), ni se ha mantenido el equilibrio necesario entre *disposición y atribución*».

Es sintomático que se intente salvar la «partición» en razón del carácter dispositivo del testamento, es decir, prescindiendo de algún modo de la naturaleza particional del acto: así incluso VALLET, *Las legítimas*, II, cit., págs. 833 y ss. Ello manifiesta que el problema no es tanto de eficacia de la partición como de suficiencia de la voluntad dispositiva, lo que, en definitiva, saca a la luz la naturaleza «dispositiva» de la pretendida «partición», es decir, la aproxima en cierta medida a un prelegado colacionable.

(39) Sobre la opinión de VALLET, en materia de colación del exceso y de subsistencia de la partición en caso de no adecuarse a las cuotas, *vid.* *Las legítimas*, II, págs. 831 y ss.; *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 594 y ss.

(40) A este respecto, es absurdo salvar el prelegado considerándolo acto particional cuando no se le quiere mantener como tal prelegado, es decir, como acto dispositivo, para luego forzar el significado de la partición, diciendo que lo dispositivo y lo particional sólo con dificultad pueden distinguirse en el testamento, por lo que el prelegatario no tiene que restituir el exceso. Nótese que, superando la partición de forma amplia el valor de la cuota hereditaria, el acto particional asume un aspecto dispositivo, por lo que, habiéndose negado inicialmente que el prelegado tuviera ese carácter, finalmente se le vendría a reconocer.

perciba como mínimo su cuota hereditaria. Es decir, que si el valor de la cosa legada resultara ser inferior al valor de la cuota, debería completarse ésta; pero si fuera superior nada restituiría(41).

### B. El prelegado y su imputación

Una vez admitido que el artículo 1037 puede referirse a dos tipos de prelegados, los colacionables y los no colacionables, podemos ver qué relevancia tiene cada uno de ellos a efectos de la imputación. A este respecto, entendemos que la colación del prelegado por disposición del causante o su no colación, no deben implicarse unívocamente con la imputación del mismo a una de las porciones ideales en que se divide la herencia a los efectos de la protección de las legítimas, porque el artículo 1037 no contiene una norma de imputación tal como sostiene la mejor doctrina(42).

Recientemente se ha sostenido que en los casos generales, es decir, cuando el prelegatario no debe colacionar, éste «recibe la legítima más el legado»(43), lo que puede llevar a pensar que el prelegado debe imputarse entonces a la parte libre. En nuestra opinión esto sólo es así si el legado no debe imputarse a la legítima del prelegatario porque está ya cubierta con otros bienes, por ejemplo, en el caso paradigmático en que se haya dejado la legítima al prelegatario a título de herencia; en caso contrario, es decir, cuando la legítima del prelegatario no está cubierta con otras disposiciones, no se puede excluir la imputación del prelegado a la legítima. En realidad, pues, la imputación a la legítima no resulta excluida por la no colación del prelegado, a menos que expresamente así se deduzca de las circunstancias del caso o de la voluntad expresa del causante(44): es distinto ordenar imputar o no a la cuota hereditaria que ordenar imputar o no a la legítima(45), ya que es comúnmente aceptada la distinción entre las operaciones de cálculo de la legítima y la colación.

Si el causante ordena colacionar el prelegado tampoco se puede prejuzgar nada sobre su imputación(46), pues la imputación que comporta la orden de colación del prelegado sólo se refiere a la cuota hereditaria del prelegatario y no a la imputación a una u otra de las cuotas de regulación de las legítimas(47).

(41) El propio VALLET, *Panorama*, II, págs. 764, reconoce que la cuestión del destino del exceso sobre la cuota es algo que depende de la voluntad del causante.

(42) De acuerdo CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el Derecho romano y en el moderno*, Madrid, 1927, pág. 133; VALLET, *Estudios*, IV, cit., pág. 78, y RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición*, cit., pág. 203. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, cit., pág. 581, dicen que la norma es de imputación pero no sabemos qué significado dan a ese término: en sentido amplio también puede hablarse de imputación en sede de colación para referirse al mecanismo propio de la misma: *vid.* DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 138.

(43) Así GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., pág. 235.

(44) Hay que recordar que el artículo 828 no excluye la imputación preferente del legado a la legítima, a pesar de su tenor literal: cfr. nuestra obra *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pág. 175, y las opiniones de LACRUZ, VALLET y ROCA SASTRE, citadas en nota 84 en el mismo sentido. Expresamente se refiere al prelegado CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, cit., pág. 133: «El prelegado puede imputarse en pago de la legítima».

(45) Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., pág. 111: «El artículo 1037, al explicar algo tan evidente como que la colación no alcanza a las liberalidades a causa de muerte, no prejuzga en absoluto la parte (legítima, porción libre, mejora en su caso) en la que tengan que contarse éstas; y el artículo 828 no excluye la imputación en la legítima».

(46) En contra GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., pág. 207, nota 91 *in fine*, y GARCÍA-BERNARDO, *Prelegado*, cit., pág. n.º 83, quienes entienden que la orden de colación del prelegado supone imputarlo a la legítima.

(47) Seguimos la distinción hecha por DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 137-138: «Se habla de imputación en el Código en tres sentidos diferentes: como imputación en sentido estricto referida a la legítima de las donaciones y legados en beneficio de herederos forzosos (...) existe otro sentido amplio de la imputación, que comprende la imputación a la legítima, a la mejora y a la parte libre, aplicable a determinar la oficiosidad o inoficiosidad de legados y donaciones con independencia de que se ejercite la acción de reducción (...) y por último, se habla, también, de imputación, como la forma de actuar de la colación tomando de menos en la porción hereditaria del heredero forzoso, lo que ya hubiere recibido por donación... Imputación ésta que no es más que un modo de actuación de la colación, pero que nada tiene que ver con las dos anteriores, presentando una finalidad diferente y obrando de acuerdo con unas normas que tienen en uno y otro caso un carácter distinto, de naturaleza dispositiva o necesaria».

### III. COLACION Y NO COLACION DE DONACIONES O PRELEGADOS Y SATISFACCION DE LAS LEGITIMAS

#### 1. Colación legal de las donaciones y colación voluntaria del prelegado que contribuyen a la satisfacción de las legítimas

Antes de ocuparnos de los casos en que las normas de la colación, si se las aplica sin tener en cuenta las legítimas, pueden entrar en contraste con ellas, es necesario mencionar que la aplicación de la colación puede ser un expediente positivo en orden a la satisfacción de las mismas(48).

En este sentido, se puede citar el caso en que A fallezca dejando cuatro hijos, a uno de los cuales había realizado una donación por valor de 45 que está sujeta a colación. Se abre la sucesión intestada y resulta que la masa de cómputo de las legítimas, fruto de sumar el caudal hereditario a la donación, es de 90. En este caso en el caudal hereditario quedan bienes suficientes para satisfacer la legítima de aquellos hijos que no recibieron donaciones, cuyo valor será de 15 para cada uno. En este caso la colación de la donación llevaría a que el donatario tome de menos por su título hereditario tanto como ya hubiera recibido en vida a título gratuito, y los hijos no donatarios reciben del caudal precisamente esos 15 que le corresponden a cada uno por legítima. En este caso la colación ayuda a la satisfacción de la legítima ya que sin colacionar la donación se produce lesión, y haciéndolo, no(49). Similar efecto tendría el prelegado colacionable por disposición del causante.

#### 2. Hipótesis de lesión de la legítima por la interferencia de normas de colación

##### A. Normas legales sobre colación: la colación de las donaciones y la no colación de los prelegados

Puede suceder, como ya hemos indicado en otra ocasión(50), que la aplicación indiscriminada de la norma sobre la colación origine directa o indirectamente una lesión en la legítima y deba seguirse el principio legal de que la colación sólo procede «salva la legítima». Puede verse, por ejemplo, en el caso siguiente: el testador instituye a sus tres hijos (A, B y C) y a un extraño (E), en las siguientes proporciones: A, 2/5 (diciendo expresamente que no lo mejora) y el resto de herederos 1/5. A su hijo C le había donado 90 durante su vida. La masa de cálculo de la legítima valía 990, y la legítima individual 220. Como el extraño no participa de la colación, su quinto hereditario se calcula sobre los 900 relictos, de los que le corresponderían 180; en cambio los hijos, aplicando la colación de la donación, recibirían: A, 405; B, 202,5; C, 202,5 (90 de la donación y el resto del caudal). Como consecuencia de estas operaciones las legítimas de B y C quedan lesionadas y habría que decidir si se cubren dejando de aplicar

.....  
Por lo demás tampoco creemos que se pueda implicar la colación o no del prelegado con la determinación de la persona gravada por el mismo. Se puede considerar, en este sentido, que los prelegados hechos a no legitimarios no se colacionan pero no por ello el prelegatario queda excluido de soportar la predetracción del prelegado de la masa. Para sostener que la predetracción del prelegado en favor de un legitimario no afecta a éste (en contra del artículo 859), sobre la base del artículo 1037, habría que identificar la predetracción con la colación.

Lo que propiamente ordena el artículo 1037 es que el prelegado no se contabilice en la masa partible entre colegitimarios: en ese sentido, el artículo 1037 es aplicable sea cual sea el régimen de predetracción del prelegado, es decir, no prejuzga cuál de los coherederos soporta su satisfacción: así GARCÍA-BERNARDO, *Prelegado*, cit., pág. 240.

En contra de ello GÓMEZ-SALVAGO, *El prelegado*, cit., pág. 236 estima que el artículo 1037 en su hipótesis general, es decir, cuando el prelegado no sea colacionable, significa que el prelegado no grava al prelegatario sino sólo a los otros coherederos en contra de la regla del artículo 859 CC.

(48) Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 568, nota 6.

(49) En el mismo sentido: GARCÍA-RIPOLL, *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., págs. 1143-1144.

(50) *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., págs. 167-168.

la colación de la donación o haciendo intervenir también al extraño. A este respecto las normas del Código limitan la práctica de la colación si con ella no quedara cubierta la legítima, pero, por otra parte, no resuelven quién soporta el complemento de la legítima lesionada en el caso de que pueda optarse por sacarlo de las porciones percibidas por personas diferentes: habría que decidir si la lesión de la legítima se resuelve inaplicando prioritariamente la colación o de acuerdo con las reglas generales de reducción de los artículos 817 y ss.(51).

Inaplicar la colación supone poner a cargo de los demás colacionantes la reparación de la legítima, lo que podría justificarse teniendo en cuenta la subordinación de las reglas de la colación a las de la legítima y la defensa de los eventuales beneficiarios de la parte libre(52). Sin embargo, si ponderamos bien estas razones llegamos a la conclusión de que nada hay en el Código que las apoye: la colación está limitada por el respeto a la legítima, pero su inaplicación no es contemplada como mecanismo de reparación de la legítima lesionada, y menos aún como protección de los terceros que perciban bienes con cargo al tercio libre.

La exclusión legal de la colación de los legados puede también producir una lesión en la legítima de los demás legitimarios no prelegatarios o contribuir a dicha lesión(53). Ante ello se podría sostener que hay que aplicar la «colación» de lo dejado en testamento, es decir, suponer que la expresión del artículo 1037, «quedando a salvo en todo caso las legítimas», significa que el prelegatario ha de tomar de menos lo necesario para cubrir las demás legítimas(54).

Por nuestra parte, como ya hemos indicado, pensamos que tanto la colación de donaciones como la no colación de los legados se encuentran limitadas por el respeto a la legítima, pero ese límite no difiere, en su formulación legal, del que se impone a las disposiciones del causante(55) y no se establece legalmente una especial o preferente satisfacción de las legítimas a cargo de la modificación de las reglas de la colación frente a las disposiciones del causante. La solución, pues, dependerá de la interpretación sistemática de los principios del Código, según veremos en un apartado posterior.

### *B. Normas voluntarias sobre colación: la dispensa de colación de las donaciones y la colación voluntaria de los prelegados*

La nota común de estas dos hipótesis estaría en que el causante establece una modificación de las reglas legales sobre la colación. Como vimos en su momento, la dispensa de colación de una donación

(51) En el ejemplo anterior la primera solución sería adaptar la colación a la protección de las legítimas, es decir, que A recibiría 370; B 220; y C 130+90, con lo cual la legítima quedaría a cargo de A que era el beneficiario principal de la colación. En cambio, si se aplican las reglas generales de reducción de disposiciones inoficiosas, en el complemento deberían participar tanto A como E.

(52) Así GARCÍA-RIPOLL, *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., pág. 1143: «La colación de las liberalidades *inter vivos* sólo se realizará efectivamente si el donatario tiene por algún otro título (incluida, p. ej., la colación de otro hermano) bienes suficientes para llenar su legítima. En la medida en que no los tenga, no se producirá».

(53) El causante instituye por partes iguales a sus tres hijos (A, B y C) y a un extraño (E) en el tercio libre. Además a su hijo B le deja un legado por valor de 20 sin carácter de mejora. En vida había donado a C por valor de 10. El valor de la masa de cálculo de la legítima, tras adicionar la donación, era 90. Dado que el tercio libre (30) pertenece al extraño, y el legado (20) pertenece a B, sólo quedan 30 por repartir. Las legítimas de cada hijo valen 20, B las ha recibido por legado, C recibe sólo 10 por donación y A debe recibir su legítima a título de heredero. ¿Cómo perciben sus legítimas A y C?

(54) En el ejemplo de la nota anterior cabría entender entonces que si B colaciona el legado y C la donación, cada uno de los tres hijos recibe exactamente igual, es decir, 20, que es el importe de su legítima, y que el extraño recibe 30, que es la totalidad del tercio libre. En otra solución cabría pensar que el extraño, como heredero que es, debe también participar en la satisfacción del complemento.

(55) Puede ser bueno, a este respecto, recordar el contenido del artículo 636: «Ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento»; y del artículo 763.2: «El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo».

ción no impone por sí misma ninguna imputación determinada, y por eso es imposible que produzca lesión a la propia legítima del donatario, como sucedería si necesariamente implicara la imputación a la parte libre(56). En cambio, es posible que la dispensa lesione otras legítimas al obligar a que el donatario reciba la donación fuera de su cuota hereditaria, e impedir el efecto equilibrador de la colación(57). Por otra parte, la colación del prelegado podría lesionar la legítima del prelegatario si la cuota hereditaria a la que se imputa el legado es insuficiente para cubrir su legítima(58). En estos dos casos, podría pensarse que la solución de la lesión de la legítima fuera inaplicar las normas voluntarias sobre la colación, pero el hecho de que estemos ante órdenes expresas del causante hace pensar que deben ser respetadas; y que su inaplicación deba realizarse de acuerdo con los criterios generales del Código sobre la impugnación de la voluntad del causante en caso de lesión de la legítima.

### 3. Modo de atemperar la colación y la no colación a la satisfacción de las legítimas

Hipótesis como todas las anteriores explicarían la insistencia del Código en que la práctica de la colación tiene como límite la defensa de la legítima, aunque no se explica cómo opera dicho límite.

García-Ripoll propone recientemente que las normas de colación se inapliquen antes de pasar a plantearse la posibilidad de pedir el suplemento. El ejemplo que pone es el del causante que tuviera tres hijos (A, B y C), a los que nombra herederos en las siguientes proporciones: A, 2/5; B, 2/5 y C 1/5. El caudal relicto vale 900, y durante su vida el causante realizó una donación a C por valor de 90. Si la colación se realizara normalmente A y B recibirían 396 y C 198. Ante esta solución el autor dice:

«Como la legítima larga individual es 220, a C le faltan 22 para completar su legítima. Ante esta situación, caben dos soluciones. Vamos a ver primero la que propugnamos, conforme a la aplicación preferente del art. 819 sobre las normas de la colación y sobre las de suplemento de legítima en sentido estricto (art. 815).

1. A "C" se le imputan 40 unidades de la donación a su legítima. Ya tiene sus 220 (180+40); quedan, pues, 50 a repartir conforme a la cuota hereditaria de cada cual. "A" recibirá  $360+20=380$ ; "B"  $360+20=380$ ; "C"  $180+40+10=230$ .

(56) GARCÍA-RIPOLL, *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., pág. 1144 indica que «la dispensa de colación cuando el donatario no ha recibido lo que por legítima le corresponde» no puede ser eficaz; pensamos que el autor dice esto por mantener que la dispensa de colación es igual a imputación al tercio libre, lo que sería imposible si la legítima del donatario no está satisfecha.

(57) El caso siguiente puede ponerlo de manifiesto: el causante tenía cuatro hijos, a los que instituye herederos junto con un extraño. En vida el causante había hecho a uno de sus hijos una donación de 65 dispensada de colación y con carácter de mejora. Realizado el inventario y su avalúo, resulta que la base de cálculo de la legítima vale 90, por lo que la legítima estricta supondría 7,5 para cada uno de los hijos no donatarios; en el caudal relicto sólo quedan 25, que deberían ser repartidos por igual entre los cuatro hijos y el extraño, dado que la donación se recibe por el donatario *extra partem*. Pero entonces, habría lesión para la legítima de los hijos no donatarios: ¿quién soporta la legítima de los legitimarios lesionados?, ¿el donatario dispensado de colación o también el tercero? En la primera solución se ignoraría la dispensa de colación y, por consiguiente, el donatario no recibiría nada de la masa por superar la cuantía de la donación el importe de su cuota. Así cada uno de los restantes legitimarios recibiría 6,6 con cargo al caudal y pediría el resto de su legítima al extraño, que finalmente recibiría 2,5. En la segunda solución, se mantiene la dispensa, todos los hijos reciben 5 del caudal, y los no donatarios pedirían el complemento al donatario y al extraño, que finalmente sólo recibirían del caudal 1,25 cada uno.

Vid. también la hipótesis citada por GARCÍA-RIPOLL, *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., pág. 1151, nota 24.

(58) Pongamos por caso que el causante tiene dos hijos (A y B) a los que instituye herederos en razón de 14/15 y 1/15 respectivamente, y estableció un legado en favor de B por valor de 10, pero ordena colacionarlo. Si la masa de cálculo de la legítima es de 90, aunque se entienda que la institución hereditaria desigual implica mejora en favor del primer hijo, el segundo no cubriría su legítima estricta que sería de 15. En efecto, practicando la colación B sólo recibiría el legado, y A el resto del caudal. En cambio, si no hubiera colación del legado, B recibiría, además, 5,3 por la institución de heredero, con lo que su legítima quedaría cubierta. La solución en este caso es fácil, pero la podríamos complicar haciendo intervenir a un tercero instituido en 1/15, con lo cual se plantearía la duda de si él tendría que contribuir también al complemento de la legítima o se satisfaría exclusivamente inaplicando la colación.

2. Si optamos por aplicar la colación en todos sus extremos, y luego suplir conforme al art. 815, la solución sería ésta: se reduce la institución de heredero de "A" y "B" en 11 cada uno, hasta completar los 220 de "C". Por tanto, "A" recibiría  $360+36-11=385$ ; "B"  $360+36-11=385$ ; y "C"  $180+18+22=220$ .

O sea, en el segundo caso el colacionante sólo recibe su legítima estricta, mientras que en el primero recibe un poco más.

La solución 1 es la que parece más adecuada conforme al carácter preferente de las normas de imputación sobre las de colación, y atendiendo también a que la colación desempeña su función natural dentro del tercio libre, mejor que dentro de los tercios legitimarios.

Además, si se hubiese instituido a un extraño, con la aplicación de la acción de suplemento la cuota de éste se vería mermada, mientras que con la aplicación preferente del art. 819, no»(59).

Contra lo que dice este autor la primera solución no nos convence, y estimamos que es preferible la segunda(60): si aceptamos la solución propuesta por García-Ripoll, el colacionante recibe más de lo que le corresponde por legítima y más de lo que le corresponde por el llamamiento hereditario aplicando la colación(61). Este efecto tan particular no se ve cómo justificarlo: es admisible que C reciba lo que falta para cubrir su legítima, pero no que reciba más.

Los argumentos de esta propuesta no nos parecen concluyentes. En concreto, estamos de acuerdo en que las normas de protección de la legítima son preferentes respecto de la colación, pero la segunda solución no niega esa preferencia, y, en cambio, conjuga mejor la colación y la legítima. Tampoco vemos claro que la defensa de un eventual instituido en el tercio libre pueda alegarse en favor de la tesis discutida porque la colación no se establece en beneficio de los terceros, y porque la ley no obliga a poner a cargo de los legitimarios la satisfacción de otras legítimas.

Para resolver la cuestión hay que afirmar, en primer lugar, que cualquier norma voluntaria, relativa al tema de la colación establece siempre efectos esencialmente *mortis causa*, lo que sería también así, en los casos en los que la norma sobre colación se integre en un acto *inter vivos*(62). No compartimos la postura de Albaladejo de comenzar la reducción por el acto más cercana a la muerte del cau-

(59) Así en *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., pág. 1143.

(60) No obstante, sería posible entender que el exceso que se aprecia en las percepciones de A y B comporta la existencia de una mejora en favor de ellos y en detrimento de C, dado que está originado por la institución en una cuota desigual: en ese caso no habría ningún problema de lesión de la legítima de C.

(61) En la solución propuesta el complemento de la legítima de C se calcula sin contar con los efectos de la colación, de ahí que supere la propia cuantía de la lesión.

(62) La dispensa es un acto *mortis causa*: así LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pág. 571; DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., págs. 271 y ss., y GARCÍA-RIPOLL, *El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa*, cit., págs. 1153 y ss. En nuestra obra *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., págs. 188 y ss., distinguimos entre el acto dispositivo y la imputación voluntaria: «La determinación de voluntad imputadora, aun cuando aparezca en el ámbito de un acto bilateral —donación—, es unilateral, siendo por ello posible su revocación por el donante. En este caso no hay pacto sucesorio, sino un añadido unilateral y revocable (con carácter sucesorio) a un pacto irrevocable que no tiene carácter sucesorio (aunque sí trascendencia sucesoria)» (cita de la pág. 194). Todo ello podemos afirmarlo igualmente de la dispensa de colación, lo que es trascendental para la resolución del problema planteado en el texto: en el mismo sentido, GARCÍA-RIPOLL, *op. cit.*, págs. 1160 y ss.

En contra, ALBALADEJO, *La dispensa de colación y su revocación*, cit., págs. 277 y ss., opina que la dispensa de colación realizada en el mismo acto de la donación adquiere carácter contractual e irrevocable: «Se hace muy cuesta arriba pensar en que en un mismo acto, concurriendo donante y donatario y consintiendo ambos, pueda entenderse que la presencia y consentimiento del segundo no dan carácter contractual a la cláusula de dispensa que siendo así unilateral la dejaría para siempre en las solas manos del donante» (pág. 278). Y más adelante señala que «en la donación con dispensa...» hay «una liberalidad unitaria mayor que la sola donación, porque se beneficia al interesado en donarle sin deber de colacionar» (pág. 279). ALBALADEJO expresamente invoca en favor de esta solución la opinión de ANTONIO GÓMEZ que pensamos que debe recibirse con cautelas, ya que Antonio Gómez habla de esta materia en los comentarios a la Ley 17 de Toro que, en materia de irrevocabilidad de la mejora, establecía un criterio opuesto al de nuestro artículo 827 CC. Es decir, hoy las mejoras son generalmente revocables, aunque acompañen a una donación irrevocable, pero en el sistema de las Leyes de Toro la condición de mejora de las donaciones era tan irrevocable como éstas. Por eso, si invocamos la

sante, bien sea donación o dispensa(63), pues para ello habría que considerar que la dispensa de colación constituye una liberalidad *inter vivos*.

En segundo lugar, hay que considerar que las normas sobre la colación o la no colación voluntariamente establecidas por el testador están llamadas a ser respetadas en la sucesión en todo lo que sea posible, es decir, en cuanto, manifestadas en forma, no choquen con las reglas de la legítima. No hay que pensar que por ser declaraciones de voluntad no directamente dispositivas puedan posponerse a las demás disposiciones *mortis causa*, como si fueran de menor importancia desde el punto de vista de la voluntad del causante.

Por último, la lesión de las legítimas provocada por las normas legales de la colación podría merecer una solución diferente al anterior porque estas reglas legales no han sido explícitamente invocadas por el causante. En otra ocasión planteábamos la necesidad de atender al suplemento de la legítima en los casos de la sucesión mixta, parte testada y parte intestada, de forma prevalente con cargo a los herederos intestados, en razón del carácter supletorio y residual de sus llamamientos(64). Pudiera pensarse que en este caso la solución fuera inaplicar las reglas legales de colación o no colación en tanto que no han sido explícitamente invocadas por el causante. Sin embargo, no nos parece así, ya que las hipótesis no son en absoluto equiparables: el causante, al establecer los llamamientos, acepta sus consecuencias institucionales, entre ellos la colación de las donaciones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, para nosotros el modo correcto de operar en defensa de la legítima es el siguiente. En primer lugar, la colación influye en la elaboración de las cuotas de los coherederos legitimarios, por lo que sólo realizándola se puede determinar el importe de la lesión de la legítima. Posteriormente, para cuantificar cómo soporta cada heredero el suplemento, deberá tenerse en cuenta sólo la porción efectivamente recibida con cargo a la masa hereditaria en virtud del título de heredero, excluido lo recibido por donación, aunque se haya colacionado, y que se pretenda imputar a la parte libre(65).

.....  
solución preconizada por Antonio Gómez no podemos prescindir de su fundamento, que hoy nos llevaría a decidir en sentido contrario.

Además de la analogía con la solución legal en materia de mejora, pensamos que no se puede incorporar la dispensa de colación al régimen de la donación *inter vivos*, precisamente por ser un acto de contenido y alcance *exclusivamente mortis causa*.

(63) Así en *La dispensa de colación y su revocación*, cit., pág. 273: «Si la donación es posterior a la dispensa, lo que daña la legítima es la donación, y no la dispensa. Luego en la supresión o reducción por orden de modernidad hay que atender a la fecha de la donación».

Sin embargo, esta postura puede conducir a resultados diferentes a los que se derivan de estas otras palabras: «Este tema ha de resolverse aplicando a todas las situaciones posibles el principio de que como el daño de la legítima no procede de la donación (si en sí no es lesiva), sino de la dispensa (cuando es ésta la que da al beneficiario que sea más parte de la que cabe se le otorgue), hay que deducir que lo suprímible o reductible son las dispensas, del modo que el tema queda concluido si con ellas las donaciones se colacionan y así queda cubierta la legítima» (op. cit., pág. 273). Nótese que en este segundo caso el complemento de la legítima implica exclusivamente a los legitimarios instituidos, mientras que en el primer caso pudiera ser que se implicara al donatario extraño cuya donación fuera posterior a la dispensa.

Veamos un caso: el causante tenía cuatro hijos, a los que instituye por partes iguales. La masa de cálculo de la legítima vale 90, pues en la herencia quedaban 20 y en vida el causante había dejado a uno de sus hijos una donación de 65 con dispensa de colación y con carácter de mejora, y a un extraño le había donado 5; en ese caso la legítima estricta supondría 7,5 para cada uno de los hijos, pero en el caudal relicto sólo quedan 20, que deberfan ser repartidos por igual, es decir 5 a cada heredero. Entonces ¿quién soporta la legítima de los legitimarios lesionados?, ¿el tercero, o el legitimario donatario dispensado de colación? ALBALADEJO propone dos soluciones que pueden conducir a resultados diferentes. Si se comienza por inaplicar la dispensa, se carga sobre el hijo donatario la mayor parte del suplemento de la legítima; pero si hay que reducir la disposición más moderna, bien sea la dispensa o bien sea la donación al extraño, la solución puede ser la contraria.

(64) Así en *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., págs. 205 y ss.

(65) Cfr. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, cit., pág. 210. De acuerdo LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., págs. 142-143, nota 1.



Correlativamente, en el caso de que la lesión se produzca en la legítima del prelegatario obligado a colacionar, la solución no es dejar a cargo de los demás legitimarios la satisfacción de esa legítima, entendiéndose inoperante la colación en lo que sea necesario para ello, sino completarla con cargo a todos los herederos, en proporción a lo percibido con cargo al tercio libre(66).

Es de observar, entonces, que la colación, o su dispensa, resultan ineficaces en la cuantía en que el heredero soporte el suplemento, ya que esa cantidad supone una «toma de menos». Así adquieren todo su sentido las menciones de los artículos 1035, 1036 y 1037 CC a la protección de las legítimas y se explica que ni la dispensa de colación ni la colación voluntaria merezcan atención legal en cuanto a cómo se reducen: puesto que son mecanismos de formación de la cuota hereditaria resultan afectadas por las vicisitudes de la institución de heredero(67). Es decir, las reglas legales sobre la colación no quedan incólumes; es más, sufren modificación en cuanto que el colacionante no percibe de menos en la medida prevista, sino en aquella medida que permita que la legítima quede salvada. Entonces, se puede decir, efectivamente, que la norma de colación resulta afectada por la legítima, inaplicada parcialmente, etc., pero sólo en ese sentido. Igualmente resulta afectado el prelegatario que soporta el complemento de alguna legítima: en cuanto que percibe menos por su título hereditario se puede decir que padece una «toma de menos» equivalente a la que supondría la colación parcial del legado.

.....

El testador instituye a sus tres hijos (A, B y C) y a un extraño (E), en las siguientes proporciones: A, 2/5 (diciendo expresamente que no lo mejora) y el resto de herederos 1/5. A su hijo C le había donado 90 durante su vida. El caudal neto era de 900, la masa de cálculo de la legítima 990, y la legítima individual 220. Al extraño le corresponderían 180 en virtud de la institución, y a los hijos, aplicando la colación de la donación: A, 405; B, 202,5; C, 202,5 (90 de la donación y el resto del caudal). Como consecuencia de estas operaciones las legítimas de B y C quedan lesionadas cada una en 17,5 y habría que decidir cómo se cubren. En nuestra opinión, deben soportar el complemento A y E, y respetarse las reglas legales sobre colación y no colación: A, percibe 185 con teórica imputación a la parte libre (los otros 220 son con imputación a su propia legítima), y el extraño 180; de acuerdo con esas percepciones se han de fijar las contribuciones a la legítima. A aportará 17,73 y E 17,26.

(66) Veamos un caso: el testador instituyó a su hijo A en 13/15 y a su hijo B y a un extraño, E, en 1/15 a cada uno, y otorgó un legado colacionable en favor de B, por valor de 10. Aunque se entienda que la institución hereditaria implica mejora en favor del primer hijo, el segundo no cubriría su legítima estricta que es de 15 y hay que decidir si para completar la legítima se reduce la orden de colación del legado o se pide el suplemento a los herederos, incluido el extraño. Esta segunda posibilidad parece la más acorde con nuestro sistema legal y con la voluntad del causante, pues respeta sus disposiciones «proporcionalmente», en vez de gravar exclusivamente al legitimario.

(67) Según DE LOS MOZOS, *La colación*, cit., pág. 167: la colación supone «una modificación en la formación de las cuotas sucesorias, que se produce cuando hay herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido donaciones del causante. No limita sus facultades de disponer, puesto que cabe la dispensa de colación, y por otra parte, no defiende a los herederos de una extralimitación en su ejercicio, para lo cual existen otras instituciones. Establece, únicamente, una *ordenación típica* de las disposiciones del causante en la que se toma en cuenta, para la formación de las cuotas, no solamente el *relictum*, sino también el *donatum*». La institución de heredero tampoco merece atención legal a los efectos de su reducción para satisfacer la legítima, aunque la doctrina suple esa omisión señalando que la reducción comienza por la institución de heredero, antes que por los legados.